

COMENTARIOS A LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

EDICIÓN ESPECIAL

Directores: **PABLO TREVISÁN, MIGUEL DEL PINO y
DEMETRIO ALEJANDRO CHAMATROPULOS**



THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS

LA LEY

COMENTARIOS A LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Directores: **PABLO TREVISÁN, MIGUEL DEL PINO y
DEMETRIO ALEJANDRO CHAMATROPULOS**



THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS
LA LEY

Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia / Miguel del Pino ... [et al.]; dirigido por Demetrio A. Chamatropulos; Pablo Trevisán; Miguel del Pino - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018.

768 p. ; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-3676-1

I. Defensa de la Competencia. I. del Pino, Miguel II. Trevisán, Pablo, dir. III. del Pino, Miguel, dir. IV. Chamatropulos, Demetrio A., dir.

CDD 340.1

Copyright © 2018 by La Ley S.A.

Tucumán 1471, 1050 Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Tirada: 1800

¿Réquiem para el régimen de opiniones consultivas?

LUIS DIEGO BARRY (*)

I. Introducción: No desaparecen pero quedan heridas mortales

El nuevo régimen de defensa de la competencia incorporado a nuestro mundo jurídico mediante la ley 27.442 trae una serie de novedades muy positivas que largamente anhelábamos quienes nos dedicamos a esta área del derecho.

Si bien el balance es positivo, la citada norma también ha introducido una serie de modificaciones que me parece significan un retroceso en ciertos aspectos. Una de ellas es el régimen de opiniones consultivas regulado en el art. 10 de la citada ley.

Esos retrocesos los he marcado y denunciado cuando la comunidad toda tuvo oportunidad de opinar en el novedoso y democrático sistema de consultas realizado por sus redactores, previo a su tratamiento en el Congreso de la Nación.

En el caso particular del régimen de opiniones consultivas, los cambios me llevan a preguntarme si continúa siendo una herramienta válida o si se llega al extremo, que quizás con esmerado dramatismo titulo este artículo, de estar presenciando su desaparición.

Me anticipo a aclarar que no desaparece esta herramienta, pero se introducen modificaciones que reducen sensiblemente su eficacia y utilidad, por un lado, y por el otro otras que violentan nuestro sistema constitucional, tal como desarrollaré seguidamente.

II. ¿Necesitamos a las opiniones consultivas? ¿Tenemos derecho a ellas?

Previo a analizar el estado en que queda el régimen de opiniones consultivas con el dictado de la ley 27.442, cabe responder: ¿para qué sirven las opiniones consultivas?

También creo que se puede ir un paso más adelante y preguntarse: ¿los ciudadanos tenemos derecho a este régimen? Es más, incluso podríamos preguntarnos, ¿qué sucedería si no estuvieran previstas por la ley 27.442?

Paso a responder esos interrogantes.

Cuando se dictó la ley 25.156, que introducía en nuestro ámbito el control de fusiones y adquisiciones, no preveía un régimen de opiniones consultivas. No obstante, era claramente conveniente que muchos de los elementos novedosos que traía esa norma, así como tantos otros que resultaban vagos, fueran aclarados. De este modo, como resultado natural de las consultas que oralmente formulábamos a los vocales y funcionarios de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ("CNDC") se fue gestando un sistema de consultas escritas, a fin de que luego estén también disponibles para otros miembros de la comunidad jurídica.

Así, cualquier duda que pudiera generar la interpretación de la derogada ley 25.156, su solución podía ser conocida por todos (1).

(*) Socio del Estudio Pérez Alati, Grondona, Benites & Arntsen.

(1) Es más, en esa época primigenia de consultas, no se exigía formalidad alguna, al punto que no era necesario identificar la operación ni las partes en consulta, lo cual era de extrema utilidad para el consultante (empresa que

Esto traía como evidente ventaja que no se tengan que repetir consultas iguales o similares, al tiempo que se iba generando un cuerpo de “jurisprudencia” interpretativa de la ley.

Pero más importante que eso era que se generaba un conjunto de opiniones que abrevaba seguridad jurídica a toda la comunidad.

Por lo cual, su utilidad se hizo inmediatamente evidente tanto para consultantes como para la propia CNDC.

De este modo, se dio inicio al régimen de opiniones consultivas.

Luego, y también hay que decirlo, hubo un paulatino y largo período donde la propia CNDC no respetó su jurisprudencia, al punto que parecía que todas las respuestas estaban encaminadas a que las operaciones sean notificadas, no importando la materia de consulta. Claramente, ese período fue muy negativo en ese y muchos aspectos.

La CNDC perdió respeto institucional y se transformó en una herramienta política de difusos y no tan difusos intereses. Se produjo una natural desconfianza en la comunidad toda que llevó también a que las decisiones de la autoridad de aplicación sean revisadas por la justicia, generándose un nuevo cuerpo jurisprudencial y un creciente interés jurisdiccional.

Esa jurisprudencia dejó sellada sobre piedra los criterios del fallo “Fernández Arias” sobre la garantizada recurribilidad de los actos administrativos y las decisiones jurisdiccionales dictadas por un supuesto tribunal administrativo (2).

Lo hasta aquí dicho responde con creces a la primera pregunta. Las opiniones consultivas son muy necesarias y convenientes tanto para la comunidad como para la propia CNDC, otorgando previsibilidad y seguridad jurídica en un régimen donde está en juego el derecho de propiedad, acompañado con un sistema sancionatorio (3).

confidencialmente estaba en tratativas de una operación de concentración).

(2) Fallos 247:646.

(3) Cabe recordar que la notificación tardía es duramente sancionada (ver art. 55 inc. d) ley 27.442).

Pero creo que también sirve para responder a que tenemos derecho a exigir seguridad jurídica (4) a la autoridad de aplicación frente a normas novedosas o la existencia de zigzagueantes criterios jurisprudenciales.

Las opiniones consultivas deberían ser respondidas incluso si no existiera un régimen al efecto, tal como ocurrió primigeniamente. Tenemos derecho a la seguridad jurídica y tenemos derecho a peticionar a las autoridades (5).

Ese derecho a peticionar no se reduce a poder presentar un escrito ante la administración, sino que debe ser respondido de acuerdo a derecho y con las exigencias propias de todo acto administrativo (6).

Por lo cual, han quedado respondidas las preguntas formuladas al inicio de este capítulo. Respuestas necesarias para analizar qué cambió y por qué temo la mortandad de este régimen que advierto tan valioso como necesario.

III. ¿Qué cambió la ley 27.442? No hay suspensión ni posibilidad de apelación

La esencia del sistema de opiniones consultivas estaba basada en la premisa de tener una respuesta jurídica válida, respondida en tiempo y de acuerdo a derecho, pero también que permitiera anticiparnos a hechos consumados y que concediera su revisión.

Ya indiqué que lamentablemente la jurisprudencia de la CNDC atravesó un oscuro periodo de decisiones contradictorias, donde parecía que el único afán de la autoridad era que la operación deba ser notificada, no importando si se contradecía la propia jurisprudencia o se contrariaba la letra de la norma.

Durante ese período tampoco conmovió a la autoridad la jurisprudencia de la Alzada. De modo que el sistema de opiniones consultivas tuvo escaso valor en lo que respecta a la CNDC.

(4) Fallos 220:5; 243:465; 251:78; 253:47; 254:62; 316:3231; 317:218; 332:1531, entre muchos otros.

(5) Fallos 335:1126; 307:282; 308:155; 240:160; 201:1031; 311:867; entre muchos otros.

(6) Ídem nota anterior.

Pero no fue así respecto de la Alzada. Por el contrario, fue vía recurso que se permitió que muchos derechos no fueran avasallados, constituyendo el valiente accionar de muchos jueces la garantía del derecho y cumplimiento de la ley.

Eso fue posible porque la res. 26/2006 de la Secretaría de Coordinación Técnica proponía dos soluciones importantes y necesarias: (i) la suspensión de los plazos durante la tramitación de la solicitud de opinión consultiva; y (ii) la apelabilidad de las opiniones.

En efecto, dicha resolución disponía “Las partes de una operación de concentración económica podrán voluntariamente, presentar una solicitud de opinión consultiva ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, a efectos de determinar si la misma está sujeta al control previo previsto en el art. 8º de la ley 25.156, teniéndose en cuenta los actos mencionados en el art. 6º de la citada ley”.

Luego disponía que “El plazo de una (1) semana para la notificación de la operación de concentración económica establecido en el art. 8º de la ley 25.156, quedará suspendido a partir de la fecha en que las partes efectúen un pedido de opinión consultiva, reanudándose el plazo una vez firme y consentida la pertinente resolución que dicte el señor Secretario de Coordinación Técnica”.

Ese párrafo garantizaba la suspensión del plazo de notificación, lo cual significaba que si finalmente se suscitaban alguno de los actos disparadores de la notificación de la operación de concentración económica, no era necesario notificar la operación, sino hasta tanto la resolución que contiene la opinión quede firme y consentida. Esto es, la opinión no sea susceptible de recurso ulterior de modo que se haya consentido o se hayan agotado todas las instancias judiciales ordinarias y extraordinarias.

Este párrafo era de vital importancia. El régimen de opiniones consultivas, naturalmente sencillo y fácil, fue involucionando a un sistema de una enorme e inexplicable duración. Es así que lo que estaba previsto para durar unos pocos días se fue inexplicablemente complejizando para durar meses y años.

De este modo, si el plazo para notificar operaciones de concentración no se encontraba suspendido, no era concebible la utilidad de un régimen que te imponía notificar cuando la consulta no estaba respondida. Si ello no fuera así, si se sometía una consulta a la autoridad y esta no contestaba a tiempo, se tenía que notificar igual, ya que de otro modo se asumía el altísimo riesgo de ser multado por notificación tardía si la opinión finalmente imponía notificar.

Dicho de otro modo, un régimen de opiniones consultivas tiene sentido si permite la suspensión de la obligación en consulta, dado que de otro modo el régimen carece de sentido y utilidad, porque ante la duda se obliga a notificar y no consultar.

Recordemos que esto resulta aún más necesario y evidente ante la existencia de una enorme y contradictoria jurisprudencia de la CNDC que no permite tener certezas sobre muchos aspectos del régimen de notificación. Pero vuelve a adquirir importancia esta necesaria característica del régimen cuando se vuelve a modificar la ley, se incorporan nuevos institutos, y es más, se pretende un sistema de control previo de fusiones y adquisiciones.

Pues bien, este es el primer aspecto que la ley 27.442 modifica.

Si bien la ley 27.442 conserva el régimen de opiniones consultivas en su art. 10 al disponer “El Tribunal de Defensa de la Competencia dispondrá el procedimiento por el cual podrá emitir una opinión consultiva, a solicitud de parte, que determinará si un acto encuadra en la obligación de notificar dispuesta bajo este capítulo de la ley”. Luego su reglamentación dispone que no suspende la obligación de notificación.

En efecto, el art. 10 del dec. 480/2018 dispone que “La solicitud de opinión consultiva no implica en ningún caso el cumplimiento de la obligación de notificar las operaciones previstas en el art. 9º de la citada norma, ni la autorización dispuesta en los arts. 14 o 15 de la ley 27.442, según corresponda”.

En otras palabras, la reglamentación de la ley 27.442 parece imponer que si se realiza una consulta, de todos modos, llegado el caso, se debe notificar la operación de concentración.

Ello en la práctica significa que solo es dable consultar si se realiza con la anticipación necesaria al deber de notificación, dado que esa obligación nunca queda suspendida.

Si a ello le agregamos que la ley 27.442 también prevé que el régimen de control de fusiones y adquisiciones sea previo, advertimos que el plazo para que una consulta sea realizada con anterioridad a la concreción de la operación es todavía mayor.

Ahora, ¿cuál es ese plazo? Imposible saberlo. En el pasado fueron meses como años.

Pero eso no es todo. La ley 27.442 curiosamente eliminó la posibilidad de recurrir las decisiones sobre opiniones consultivas.

Es así que el art. 10 dispone que “la decisión que tome el Tribunal de Defensa de la Competencia será inapelable”.

Por consiguiente, las dos “bondades” de la res. 26/2006 fueron eliminadas por la nueva normativa: la solicitud de opinión consultiva no suspende los plazos y la decisión de la autoridad es inapelable.

Comencé explicando por qué consideraba que las opiniones consultivas constituyen una herramienta deseable que concede seguridad jurídica, recorriendo los diferentes momentos históricos de su devenir procesal, al punto de dejar sentado que tenemos derecho a consultar y que la respuesta sea ajustada a derecho.

También expliqué por qué razón era conveniente y necesario que se suspenda la obligación de notificación.

Ahora nos encontramos con un sistema inapelable, que no suspende, en el momento en que se lanza un nuevo régimen legal, significando todo ello dejar prácticamente vacía de utilidad a las opiniones consultivas.

Recordemos una nueva vez más que la jurisprudencia de la CNDC es de lo más dispar. De igual modo recordemos que la nueva normativa también despertará dudas y faltas de certezas. Frente a ello, ¿puedo consultar a la autoridad? La respuesta es sí, dado que el régimen sigue vigente.

De acuerdo, pero ¿tiene utilidad práctica esa consulta? La verdad es que poca o nula utilidad práctica.

De este modo, creo que se pierde en muchos casos la utilidad de este régimen, vaciándolo de virtualidad y conveniencia.

Todo esto explica el título de este artículo.

Dicho esto, cabe puntualizar si pasa el test constitucional la vetusta prohibición de apelar las resoluciones que emiten una opinión consultiva.

IV. La prohibición de acceso a la jurisdicción contradice la jurisprudencia de la CS

No se me ocurre alguna razón para impedir recurrir una decisión administrativa sobre una opinión consultiva. Máxime cuando se eliminó la suspensión de los plazos.

Quizás se pensó que puede haber habido algún uso abusivo en el pasado. Pero insisto, no tiene mayor sentido si no existe suspensión de plazos.

Por otra parte, nuestro régimen jurídico no ampara el uso abusivo de los derechos(7), por lo cual, sigo sin comprender la prohibición legal.

Sinceramente a esta altura del desarrollo jurisprudencial de nuestro país y ante la enorme cantidad de resoluciones judiciales que tuvieron a la CNDC como protagonista, me resulta inverosímil que se insista con que resoluciones administrativas sean inapelables.

Es inconmensurable la cantidad de casos en que, en el pasado, la CNDC ha tratado de susstraer sus decisiones del control judicial. Pero una y otra vez distintos tribunales fueron limitando el arbitrario accionar de la CNDC.

Frente a ello y la clara jurisprudencia existente, no puedo concebir que tengamos que discutir una vez más que las decisiones de la CNDC y de toda autoridad administrativa son recurribles con fundamento en el principio de control judicial suficiente que se sustenta en la

(7) Art. 10 del Cód. Civ. y Com.

idea de que todo acto administrativo es revisable en sede judicial.

Sobre este principio, la jurisprudencia ha resuelto reiteradamente que "...no existe campo alguno de la actividad administrativa cuya revisión judicial esté excluida o limitada por alguna razón intrínseca a aquel, claro está que con los distintos alcances según se trate de actividad administrativa reglada o discrecional. Como fundamento de ello basta con remitir a las normas contenidas en los arts. 18, 23, 108 (94), 109 (95), 116 (100) y 117 (101) de la CN. Sentada entonces la revisión judicial plena, suficiente y adecuada del acto administrativo, tanto en el caso de facultades regladas cuanto en el de discrecionales, y advirtiendo que todo acto es en parte reglado y en parte discrecional (...) afirmamos que ningún acto es totalmente irrevivable (...) siempre existen límites jurídicos a las facultades discrecionales de la administración, y el juez para determinar si estos límites han sido violados o no, debe necesariamente revisar el acto..." (8).

Ahora bien, la ley 27.442 va en otra dirección. Es así que la autoridad administrativa parece ser consagrada por sobre nuestro ordenamiento, por sobre la Constitución Nacional, por sobre la jurisprudencia de la CS.

Pero afortunadamente para los ciudadanos y la vigencia de las instituciones de la República, nuestro Máximo Tribunal ha establecido límites a las atribuciones de los organismos públicos. Es así que la CS ha reafirmado el principio de necesaria revisión judicial de la actividad administrativa.

En tal sentido se ha dispuesto: "La circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede dejar de lado el control judicial suficiente que los actos administrativos de naturaleza jurisdiccional a que obliga el principio de separación de poderes, ni tampoco puede constituir un justificativo de la conducta arbitraria puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio

(8) CNFed. Cont. Adm., sala I, 16/4/1998, "Marengo, Guillermo J. c. Ministerio de Acción Social y Salud Pública".

que otorga validez a los actos de los órganos del Estado" (9).

Asimismo, se ha resuelto que "...frente al reconocimiento de que no existen actos reglados ni discrecionales cualitativamente diferenciales, sino únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa (Tribunal Supremo español, sentencia del 24 de octubre de 1962) (...) no cabe duda de que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto. La revisión judicial de aquellos aspectos normativamente reglados se traduce así en un típico control de legitimidad —imperativo para los órganos judiciales en sistemas judicialistas como el argentino—, ajeno a los motivos de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en mira a fin de dictar el acto (Rivero, Jean, *Droit administratif*, 12^a ed., Dalloz, Paris, 1987, p. 98)" (10).

Ahora bien, no puede desconocerse que la jurisprudencia ha ido un paso más allá, al indicar no solo que todo acto administrativo es susceptible de control judicial sino, a su vez, que es condición de legitimidad de la actividad administrativa materialmente jurisdiccional la posibilidad de que la decisión sea revisada por un juez.

En este sentido se ha expresado que "la disponibilidad de la revisión jurisdiccional es considerada como una condición necesaria para legitimar las prerrogativas de la administración" (11).

Por su parte, la CS ha resuelto "Que entre las limitaciones que se han establecido a la actividad jurisdiccional de los organismos ad-

(9) CS, 16/12/1993, "Jalife, Elías", LL 1994-D-73; DJ 1994-2-674.

(10) CS, 23/6/1992, "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos".

(11) MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 2.

ministrativos figura, ante todo, la que obliga a que sus pronunciamientos queden sujetos a control judicial suficiente, a fin de impedir que aquellos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior (Fallos 244:548 —LL 96-98—). En el extenso pronunciamiento registrado en Fallos 247:646 (LL 100-63), que ha marcado un rumbo jurisprudencial en la materia, se reseñan precedentes que ilustran acerca del alcance del control judicial (consid. 16, p. 656), en los que se dejó en claro, invariablemente, que la validez de los procedimientos administrativos se halla supeditada al requisito de que las leyes pertinentes dejen expedida la instancia judicial posterior (ver especialmente Fallos 187:79; 195:50; 199:401; 207:346 y 305:129 —LL 19-646; 29-674; 35-848; 46-685; 1983-B-468—) (12).

La CS también ha resuelto que “El pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos debe quedar sujeto a control judicial suficiente, a fin de impedir que aquellos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior” (13).

Asimismo, se ha dispuesto que “...cuentan con validez constitucional las resoluciones de contenido jurisdiccional dictadas por organismos administrativos, en la medida en que estén sujetas a control judicial suficiente que evite la posibilidad de que aquellos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior. Además, es cierto que la ‘separación’ o ‘distribución’ de los poderes, es un principio fundamental de nuestra estructura política y organización jurídica (arts. 1º y concs. de la CN) y que uno de sus principios es la prohibición de que el Ejecutivo u organismos administrativos realicen funciones jurisdiccionales, salvo que, como en este caso, sus resoluciones están sujetas a aquel control que evite que aquellos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior (art. 109 de la CN). En tal sen-

tido, desde antiguo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la validez de las normas legales que regulan sobre materias específicas instituyendo procedimientos administrativos y atribuyendo competencia a ciertos órganos administrativos, centralizados o no, para establecer hechos y aplicar sanciones con la condición que se preserve una revisión judicial de las decisiones adoptadas (Fallos 205:549, 270:465, 297:456, 303:1776, entre otros)” (14).

Dicha garantía ha asumido jerarquía constitucional en atención a lo dispuesto por el art. 8º.2 h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a los cuales refiere el art. 75 inc. 22 de la CN.

En definitiva, nuestro sistema se asienta sobre la base de una amplia revisión por parte del Poder Judicial de los actos emanados de la Administración Pública, a la cual pueden acudir los administrados que vieran afectados sus derechos subjetivos o intereses legítimos. El control judicial suficiente se muestra así como una garantía de los administrados.

Sobre este punto la jurisprudencia ha resuelto que “El cumplimiento de la garantía de la defensa en juicio (art. 18 CN) solo requiere, como condición de validez constitucional, que la decisión de los órganos administrativos esté sujeta a un control judicial suficiente, y ello supone asegurarle al afectado la oportunidad de ocurrir ante un órgano judicial, en procura de justicia, por una vía ordinaria, mediante una pretensión a través de la cual pueda solicitar la revisión de las cuestiones de hecho y de derecho comprendidas o resueltas en la decisión administrativa (cfr. doct. SC Buenos Aires, Ac. 87.265, sent. de 12/2/2003)” (15).

En lo que respecta al contenido de esta garantía, el Dr. Bidart Campos ha dicho que “el control judicial suficiente significa: a) la posibilidad

(12) CS, 24/3/1988, “Di Salvo, Octavio”.

(13) CS, 19/9/1960, “Fernández Arias, Elena y otros c. Poggio, José (Suc.)”, Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Alberto Ricardo Dalla Via, La Ley, 2002, p. 209, con nota de Andrea F. PRODAN.

(14) CNPenal Económico, sala A, 17/7/2007, “Air Liquide Argentina SA, AGA SA s/inc. de incompetencia y nulidad (en autos principales Praxair Argentina SA, AGA SA y Oxy Net SA)”.

(15) CApel. Contenciosoadministrativo Mar del Plata, 2/10/2008, “Molina, Carlos Andrés c. Honorable Tribunal de Cuentas”.

de interponer recurso ante los jueces del poder judicial; b) la negación de la competencia administrativa para dictar pronunciamientos finales y de carácter irrevisable” (16).

Evidentemente, la ley 27.442 no responde a los principios en que se asienta nuestro sistema jurisdiccional administrativo, según la CS los delimitó y también conforme nuestro sistema constitucional los concibió.

La exigencia de que exista control judicial suficiente se torna aún más imperiosa en nuestro análisis, puesto que se encuentra controvertida la validez de actos privados que hacen al título sobre el que se asienta la propiedad de un administrado. Es que el control de fusiones y adquisiciones es una excepción al régimen general de libertad que establece nuestra constitución. La regla es que se pueda disponer de la propiedad y también sea adquirida, así como su inviolabilidad. La excepción es que esos actos deban ser autorizados por la administración.

Por lo cual, resulta aún más preocupante otorgar también a una autoridad administrativa, que tiene la potestad para decidir si una determinada operación es legal a la luz del art. 9º de la ley 27.442, la facultad incuestionable de determinar cuándo esa autorización es exigible o no.

(16) BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1997, t. II, p. 332.

No puede olvidarse que en cuanto al alcance del control judicial, se ha dicho que se trata de un control de legitimidad. Este control comprende el control de la actividad reglada y el de los límites de la actividad discrecional (razonabilidad, buena fe, límites técnicos) (17).

Sobre el contenido del control de legitimidad, el Dr. Tawil ha dicho que “...la legitimidad se relaciona con la aplicación de la ley o la conformidad de la conducta estatal con el modelo normativo que disciplina el ejercicio del poder administrativo (...) La fiscalización de la legitimidad no se limita únicamente al control jurídico de legalidad, en cierta medida objetivo y de naturaleza formal. Responde, por el contrario, a un concepto más amplio de licitud y justicia que torna procedente la revisión judicial no solo contra lo ilegal, sino también contra lo legal pero injusto, antijurídico o arbitrario” (18).

Por lo cual, la prohibición de acceso a la jurisdicción que establece el art. 10 de la ley 27.442 es, a todas luces, contrario a nuestro sistema jurisdiccional, y preocupa que en estos tiempos se insista con fórmulas que nuestra Constitución no tolera y que nuestros Tribunales extensamente han condenado.

(17) FARRANDO, Ismael - MARTÍNEZ, Patricia R., *Manual de derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 668.

(18) TAWIL, Guido S., en CASSAGNE, Juan Carlos, *Tratado de derecho procesal administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 488.